

Las mutaciones dominiales en derecho francés: relectura de la tesis de Marcel Waline¹

JULIÁN ANDRÉS PIMIENTO E.²

Desde el punto de vista político, debemos constatar que toda preocupación económica debe ser excluida del régimen de la dominialidad pública, régimen dominado por preocupaciones políticas y constitucionales. De esta manera concluye MARCEL WALINE su tesis presentada en 1925 en la Facultad de Derecho de París. Pero ¿es cierto que el derecho del dominio público es ajeno a las concepciones económicas? Es la pregunta que encontramos a lo largo de este texto. El análisis actual del dominio público y, por consiguiente, de la propiedad pública trae consigo consideraciones que sobrepasan lo estrictamente jurídico para ubicarse en el campo de lo económico o de lo político.

Varias ideas confluyen en la noción de dominio público. Propiedad, interés general, persona pública, gestión, valorización. El operador jurídico se ve confrontado a equilibrarlas para cumplir con las finalidades del Estado. Sin embargo, ¿Qué hacer cuando en busca del desarrollo de la infraestructura el Estado –persona jurídica– modifica la destinación de un bien de una colectividad territorial de manera unilateral sin otorgar ningún tipo de indemnización? ¿Se trata de una expropiación? Si así lo fuera, ¿el dominio público es expropiable? Y más importante aún: ¿Las personas públicas son propietarias de su dominio público? ¿El cambio de afectación al interés general merece ser indemnizado cuando se trata de propiedades de personas públicas?

Estas son sólo algunas de las preguntas que surgen del fallo *Ville de Paris* del Consejo de Estado francés de 1909. Y no son inútiles, puesto que llevan a cuestionarnos sobre el fundamento de la afectación al interés general, sobre las relaciones entre el Estado y las colectividades territoriales poniendo en tela

1 Tesis presentada y sustentada el 5 de marzo de 1925, París, Jouve & cie editores, 1925.

2 Candidato a doctor de la Universidad París II, Panthéon-Assas.

de juicio la idea misma de descentralización; pero, sobre todo, nos permiten entender la dimensión dualista del dominio público, que lucha entre un imperativo de realización del interés general y de su reconocimiento como objeto de valorización –vector de la reforma actual–. Pero nos estamos adelantando. ¿Cuál es el caso que le permitió a MARCEL WALINE construir su teoría?

El Estado francés decidió en 1905 extender la línea férrea París-Luxemburgo en dirección a Sceaux y a Limours, concedida a la compañía de Chemins de fer d'Orléans, sobre unas parcelas que hacían parte del dominio público de la ciudad de París. Ante la negativa de esta última de llegar a un arreglo amigable, se emite un acto administrativo en el que se niega cualquier indemnización a favor de la Comuna. Ésta decidió atacar la decisión administrativa para solicitar el pago de reparación por la pérdida de los bienes en cuestión. El Consejo de Estado decidió en contra de la ciudad de París, puesto que consideró que durante la operación ninguno de los bienes salió del dominio público, la Comuna no pudo haber perdido su propiedad, que se mantiene intacta por el principio de inalienabilidad, sólo se suspendieron sus derechos de goce sobre el bien mientras dure la afectación establecida por el Estado, por lo tanto, no le corresponde a aquella ningún tipo de indemnización³.

Al decidir así, el Consejo de Estado reconoce dos puntos esenciales: que las personas públicas son propietarias de su dominio público, pero que el Estado tiene un derecho superior para decidir sobre la afectación de todos los bienes que se encuentren sobre el territorio, que y dicho cambio, por no implicar pérdida de la propiedad, no es causa de indemnización.

El análisis del caso por parte de WALINE tiene de novedoso que mientras la jurisprudencia dudaba en reconocer la existencia de la propiedad sobre el dominio público, él la utiliza como punto de partida de su tesis⁴. En efecto, si las personas públicas son propietarias de su dominio público, se hace necesario analizar las posibles transformaciones de esta propiedad, y para ello se debe, en primera instancia, determinar la autoridad competente para trasladar dicha propiedad de una persona pública a otra ("Primera parte"), para luego analizar los elementos de la indemnización del daño causado por dicha pérdida

3 "Considerando que [...] esta incorporación [el cambio de destinación de las parcelas] tuvo lugar sin una desclasificación previa, no pudo producirse una mutación de la propiedad; que la ciudad de París conservó los derechos de propiedad que podía tener sobre las parcelas en cuestión, que en caso de desafectación volverá a tener el pleno ejercicio de sus derechos; que no sufrió, en consecuencia, una desposesión susceptible de ser indemnizada [...]", Consejo de Estado, *Ville de Paris*, 16 de julio de 1909, Sirey, 1909, p. 707.

4 Su finalidad no era inocente, evidentemente, puesto que la construcción de la propiedad de las personas públicas implica ciertos derechos por parte del beneficiario de la afectación. El Consejo de Estado, aunque reconoce la propiedad, no va al final de su razonamiento; la limitación de la propiedad es tal que pierde su naturaleza y queda paralizada por completo por la afectación, lo que evidentemente amerita una indemnización.

patrimonial ("Segunda parte") y, finalmente, examinar si la expropiación es posible a la luz de la ley de 1841 ("Tercera parte").

El objetivo de este artículo no es en ningún caso resumir la tesis de MARCEL WALINE, sino hacer una reconstrucción del proceso lógico que lo lleva a sistematizar los criterios de la dominialidad pública y de la propiedad de dichos bienes (I), como situación previa para entender el régimen de las mutaciones dominiales (II). No se trata de reescribir su pensamiento jurídico sobre estos puntos controversiales del derecho administrativo, sino de mostrar los puntos esenciales de esta concepción visionaria del dominio público y de las mutaciones dominiales a la luz de las evoluciones recientes del dominio público.

I. EL DOMINIO PÚBLICO

Los problemas del dominio público francés en 1925 no eran los mismos que los de nuestra época. La doctrina debatía todavía sobre el reconocimiento o no de la propiedad de las personas públicas sobre su dominio público y, de manera tangencial, sobre la consistencia misma de dicho dominio. Además, la confusión entre propiedad pública y dominio público era moneda corriente en las construcciones teóricas. Debemos a MARCEL WALINE una de las creaciones más originales sobre el dominio público de la época⁵.

A. LA NOCIÓN DE DOMINIO PÚBLICO EN LA OBRA DE MARCEL WALINE

Las relaciones entre derecho público y derecho privado son uno de los pilares de la construcción de WALINE sobre el dominio público. Para él, existe una relación directa entre las instituciones clásicas del derecho civil y el régimen de los bienes públicos. La búsqueda de una nueva concepción del dominio público debe pasar primero por la búsqueda del fundamento mismo de su régimen; las teorías clásicas que tratan de bienes que se clasifican por su naturaleza dentro del dominio público deben descartarse. Es necesario, entonces, analizar los criterios de determinación del dominio público (1) que, en esta teoría, deben necesariamente ser estudiados desde la óptica de un nuevo criterio: la adecuación especial (2).

1. Los criterios de determinación del dominio público

WALINE parte de la idea de que ciertos bienes "entran en la esfera del derecho público" (tesis, p. 25) por cuenta de la destinación pública dada por una au-

5 Sobre este punto, J. F. LACHAUME. "Marcel Waline et le droit du domaine public", *RD*, 2002, pp. 955-965.

toridad administrativa. El centro de esta construcción es la afectación. Así, la fórmula lacónica según la cual "un bien sólo hace parte del dominio público si la autoridad competente lo destina a la satisfacción de una necesidad pública" (tesis, p. 26), explica claramente la visión walinista⁶. Nos resta saber cuáles son esas necesidades públicas que obligan dicha destinación.

Desde el principio la teoría del dominio público nace como un sistema de protección de ciertos bienes contra la prodigalidad del rey⁷; después, con la revolución, se consideró que le correspondía a la Nación la propiedad de todos los bienes y que el Estado se veía obligado a garantizar su integridad. Así, el primer criterio de determinación del dominio público es la afectación al uso directo del público, criterio reconocido por los autores y por la jurisprudencia⁸. Para WALINE, este uso directo por parte del público no puede ser la base de la teoría del dominio público puesto que no agota todas las hipótesis de este régimen. Dos ejemplos ilustran esta afirmación: por un lado, las fortificaciones que, aunque no se encuentren destinadas al uso directo del público, hacen parte del dominio público; por otro lado, las vías férreas hacen parte del dominio público y se encuentran destinadas al uso público sólo de manera muy indirecta.

El elemento que habría de aportar el derecho administrativo para la determinación del ámbito de aplicación del dominio público sería el servicio público. Esto va de su propia lógica, ya HAURIU y JÈZE habían debatido sobre los fundamentos de la competencia del juez administrativo y —por esta vía, del derecho administrativo como ciencia jurídica—. WALINE va a adoptar la idea de servicio público.

El servicio público, desde este punto de vista, corre el riesgo de ser una fuente de ampliación excesiva de dicho régimen exorbitante. En efecto, "la doctrina que clasifica dentro del Dominio público todos los bienes afectados a un servicio público [...] puede generar una verdadera hipertrofia" (tesis, p. 29). Este análisis constituye, para nosotros, uno de los puntos esenciales de la teoría de WALINE, y ello por dos razones: en primer lugar, expresa la principal preocupación de los teóricos y operadores jurídicos del derecho administrativo de los bienes durante el siglo XX; en segundo lugar, porque dicha situación le permitió construir un criterio que permitiera limitar el campo de aplicación del dominio público, la adecuación especial (*Aménagement spécial*).

6 Ídem.

7 Cfr. Y. GAUDEMET. "Traité de Droit administratif des biens", LGDJ, 2007; P. YOLKA. *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, "Préface"; GAUDEMET, LGDJ, 1997; C. CHAMARD. *La distinction des biens publics et des biens privés*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2004.

8 GAUDEMET. "Traité de Droit administratif des biens", cit.; J. MORAND-DEVILLER. *Droit administratif des biens*, 5.^a ed., Montchrestien, 2008, p. 37; AUBY, AUBY, BON y TERNEYRE. *Droit administratif des biens*, 5.^a ed., Dalloz, 2008; R. CHAPUS. *Droit administratif général*, t. II, Montchrestien, 2008; JEAN DUFAU. *Le domaine public*, Le Moniteur, 1999.

Para WALINE, la búsqueda de un nuevo criterio es necesaria, pero antes se deben analizar las consecuencias del régimen del dominio público.

Tres consecuencias coexisten una vez aplicado el régimen del dominio público. Primero, los bienes sometidos a este régimen exorbitante devienen inalienables. Para WALINE, esta situación es contraria a la tradición histórica francesa puesto que la prohibición de enajenar se basa en la inexistencia de un derecho de propiedad sobre dichos bienes por parte de la monarquía y que, después de las legislaciones revolucionarias y el reconocimiento de la Nación como propietaria del dominio público, se limitaría a la necesidad de una decisión previa por parte del pueblo soberano o de sus representantes para obtener la autorización de vender el bien; además, no existe ningún fundamento legal de la regla de la inalienabilidad⁹. En efecto, o se considera que la Nación no es propietaria de su dominio público, en cuyo caso no tendría sentido prohibir la venta de un bien a una persona que no es su propietaria, o se considera que existe un derecho de propiedad sobre el dominio público, caso en el cual la enajenación supondría simplemente la expresión de una voluntad contraria del Parlamento mediante la expedición de una ley.

Segundo, el dominio público es imprescriptible, protección que es el verdadero fundamento del régimen de estos bienes puesto que constituye un obstáculo al despojo sorpresivo –según los términos de WALINE– del bien¹⁰.

Y tercero, el régimen se caracteriza por la precariedad de los derechos de los usuarios aunque puedan ser catalogados como derechos reales.

Una vez construido el régimen del dominio público, WALINE decide partir a la búsqueda del criterio racional que le permitirá dotar de lógica y de límites a la utilización de la afectación como fundamento de dicho régimen exorbitante.

2. La adecuación especial como criterio del dominio público

Para WALINE, los bienes afectados a un servicio público no tienen diferencias esenciales con los bienes objeto de propiedad privada. Parece evidente que para que un bien pertenezca al dominio público debe ser necesario para la administración que desea realizar un servicio público: debe ser indispensable, "que este bien, si llegara a ser quitado a la administración, no pueda ser reemplazado por ningún otro" (tesis, p. 45). Para ello debe ser necesario por su naturaleza –si se trata de dominio público natural– o bien porque siendo destinado a un servicio público ha recibido una adecuación especial, es decir,

9 Esta situación cambió con el Código General de la Propiedad de las Personas Públicas (CGPPP), que consagró formalmente la inalienabilidad del dominio público.

10 La posición de M. WALINE es criticable puesto que no existe una construcción jurídica en torno a la imprescriptibilidad sino a la inalienabilidad: los bienes son imprescriptibles porque son inalienables.

que ha sido adecuado en vista de un servicio público o para la satisfacción de una necesidad pública.

El régimen del dominio público no puede aplicarse a los bienes públicos necesarios para un servicio público, si son reemplazables en todo momento sin que el servicio sufra perturbación alguna. De ello resulta que para que un bien sea sometido a la dominialidad pública debe tratarse de una "obra indispensable para la satisfacción de una necesidad pública, porque se encuentra adaptado especialmente para esta función" (tesis, p. 49).

De esta manera, para WALINE la aplicación del régimen de la dominialidad no puede hacerse sino con la reunión de tres condiciones cumulativas, las dos primeras siendo función de la última: el bien debe ser indispensable, debe estar destinado a la satisfacción de una necesidad pública —al uso directo por el público o a un servicio público— y, por último, debe ser indispensable porque se encuentra especialmente adecuado para la satisfacción de la necesidad pública. La noción de adecuación especial adquiere así el lugar esencial en la concepción walinista del dominio público, y sirve a la vez como factor de limitación y racionalización de la aplicación del régimen, lo que lo convirtió en una institución perenne¹¹.

Más adelante, WALINE reformulará su teoría llevando más lejos el fundamento mismo de la adecuación especial. "Dentro de los bienes de las personas administrativas, aquellos que hacen parte del dominio público son los necesarios para un servicio público o para la satisfacción de una necesidad pública, y que no puedan ser reemplazados en este rol por ningún otro."¹² Sale del espectro el uso público —que siempre podrá ser reducido a un servicio público—, pero se perfila claramente el concepto de irreemplazabilidad del bien en la realización de la actividad de interés general.

La adecuación especial es un factor de racionalización del dominio público porque hace necesaria la intervención activa del juez en la determinación de la naturaleza de las adecuaciones; es decir, deberá establecer las hipótesis en las cuales una adaptación pueda ser suficientemente especial para que el

11 Para ver una interpretación diferente del criterio v. la ilustración hecha por FRANÇOIS HERVOÛET: "La adecuación especial, en efecto, no sirve tanto a apreciar el carácter indispensable del bien como su adaptación al servicio público. Hecha esta reserva, es necesario, a la vez, una adecuación especial, un servicio público y la adaptación del bien al servicio por la adecuación para que el régimen de la dominialidad sea aplicable. La noción de adecuación especial resulta de una intuición fundamental: es la única que puede poner en práctica la afectación del bien a un servicio público; sin ella esta destinación sigue siendo teórica", en "L'utilité de la notion d'aménagement spécial dans la théorie du domaine public", *RD*, 1983, p. 150. Posición interesante que busca dar a la adecuación especial un lugar más importante, pero que nos parece radical ya que, para nosotros, este criterio sólo sirve para volver el bien indispensable al ejercicio de las misiones de servicio público.

12 Nota del fallo de la Corte de París, *Ville d'Avallon c/ consorts Lepoux*, 13 de mayo de 1933, D. 1934. 2. 101, en *Notes d'arrêts de Marcel Waline*, vol. III, p. 73.

bien sea considerado indispensable y por lo tanto haga parte del dominio público; asimismo, esta limitación aporta a la idea del dominio público como un régimen en esencia excepcional.

Sin embargo, dos observaciones deben ser expresadas. Por un lado, la formulación de este criterio es algo abstracta: en efecto, no se dice qué adecuaciones pueden ser consideradas especiales; el juez administrativo se encuentra entonces obligado a aplicar un criterio cuya extensión no conoce bien y, como lo veremos en el aparte siguiente, de difícil utilización. Por otra parte, situar la base de la dominialidad en la necesidad del bien se convierte, en contra de lo deseado por el autor, en un elemento amplificador de dicho régimen, puesto que todo dependerá de la evaluación dada a lo necesario para el servicio.

B. LA ACTUALIDAD DE LAS CONCEPCIONES DE MARCEL WALINE SOBRE EL DOMINIO PÚBLICO¹³

¿Es la adecuación especial un criterio determinante del dominio público? Estaríamos tentados a responder que sí. En efecto, el juez administrativo entendió rápidamente la necesidad de utilizar un criterio reductor de la dominialidad cuya función sería limitar el alcance de dicho régimen y dotar a las administraciones de la libertad tan anhelada que significa la gestión de ciertos bienes bajo el derecho común. No obstante, la fragilidad teórica de esta construcción fue evidente desde las primeras decisiones en las que se quiso aplicar, situación que dio lugar a una evolución jurisprudencial bien definida (1), con la consecuente necesidad de encontrar un nuevo criterio que permitiera reducir la aplicación del dominio público (2).

1. Evoluciones jurisprudenciales y de derecho positivo

Desde los años cincuenta, el criterio de la adecuación especial fue utilizado por el juez administrativo para definir el campo de aplicación de la dominialidad pública, hasta su consecuente desnaturalización al ser aplicado a los bienes de uso público. Varios fallos sirven de apoyo para esta afirmación.

El Consejo de Estado consagró el criterio de la adecuación especial como elemento de identificación del dominio público en el fallo *Société "Le Béton"* del 19 de octubre de 1956. Allí se dijo que "los bienes objeto de esta demanda constituyen el objeto de instalaciones destinadas a volverlas aptas a este uso —la actividad portuaria— por su conexión con las vías fluviales", por esta situación los

13 Sobre los fundamentos de la crisis actual del dominio público remitimos a nuestro artículo: "Las transformaciones recientes del derecho francés del dominio público. Breve explicación de las razones de y respuestas a la crisis actual del dominio público en derecho francés", en la obra colectiva *Confluencias del derecho administrativo francés y colombiano*, de próxima publicación.

bienes hacen parte del dominio público. Esta posición encuentra su explicación en las conclusiones del comisario de gobierno LONG en las que afirma que "la exigencia de un adecuación especial parece necesaria para que no entren en el dominio público el conjunto de bienes destinados al servicio público"; así, el Consejo de Estado toma partido por una de las posiciones doctrinales sobre la determinación del dominio público. Desde el fallo *Société "Le Béton"*, el Consejo de Estado no dudó en asumir todas las consecuencias de la aplicación de las teorías del adecuación especial y del servicio público en la materia demanial (Cfr. LONG, WEIL, BRAIBANT, DELVOLVÉ y GENEVOIS. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15ª ed., París, Dalloz, pp. 491 y ss.), pero la misma naturaleza del principio, demasiado etérea a nuestros ojos, condujo a su banalización.

Esta banalización es producto de una comprensión demasiado amplia de la adecuación especial cuya génesis¹⁴ se puede encontrar en el fallo *Dauphin* del 11 de noviembre de 1959, en el cual el Consejo de Estado consideró que la ubicación de una cadena a la entrada del camino de los Alyscamps en Arles podía considerarse como una adecuación especial¹⁵. En 1960, el Consejo de Estado aplica en el fallo *Berthier* la adecuación especial a los bienes afectados al uso directo por parte del público. En este caso se opera la desnaturalización del criterio imaginado por MARCEL WALINE, que pierde, poco a poco, su carácter de reductor de la dominialidad. Asimismo, el criterio fue aplicado a adecuaciones hechas a una playa (CE, 30 de mayo de 1975, *Dame Gozzoli*)¹⁶. Como lo afirma J. MORAND-DEVILLER, "La noción se volvió tan borrosa, contingente, indecisa que su contenido se hizo de difícil aprehensión, y debemos por ello interrogarnos sobre el rol que puede tener eso que algunos califican de 'cláusula de estilo' "¹⁷. Se llegó hasta afirmar que la adecuación especial se presumía cuando el bien era la sede de un servicio público¹⁸.

14 Aunque se pueden encontrar indicios de su aplicación sobre los bienes destinados al uso directo de los particulares en el fallo *Marecar* del Consejo de Estado de 1935 y la utilización implícita de las teorías de M. WALINE en las conclusiones del comisario de gobierno LATOURNERIE.

15 "Considerando que la aposición de una cadena sostenida por dos tubos, y una reja en la entrada del camino de los Alyscamps en Arles, con la finalidad de asegurar la protección de este lugar clasificado, a la vez, como monumento histórico y como sitio artístico, presenta el carácter de una obra pública [...] Cons. Que resulta de la instrucción que este camino, que pertenece a la ciudad de Arles, está destinado a un servicio público de carácter cultural y turístico y que es objeto de adecuaciones especiales para este uso; que por ello está incorporada al dominio público comunal", Consejo de Estado, 11 de noviembre de 1959, *Sieur Dauphin*.

16 "Considerando que la parcela de la que se trata no hace parte del dominio público marítimo, pero que resulta de la instrucción que la parte de la playa donde está situada se encuentra destinada al uso directo del público y fue objeto de mantenimiento en condiciones tales que debe ser tenida como beneficiaria de una adecuación especial para dicho efecto, que por ello, la parcela hace parte del dominio público comunal."

17 MORAND-DEVILLER. *Droit administratif des biens*, cit., p. 37.

18 Conclusiones del comisario de gobierno LABETOUILLE para el fallo del Consejo de Estado, *Lecocq*, de 3 de marzo de 1978.

La finalidad del criterio era simple: "No hay que incluir en el dominio público un metro cuadrado más de lo necesario"¹⁹. Su aplicación indiscriminada no sólo no impidió la expansión excesiva del dominio público, sino que contribuyó a ella.

La situación se mantuvo así durante mucho tiempo, y solo cuando se expidió del Código General de la Propiedad de las Personas Públicas (CGPPP) se intervino para reformar sustancialmente el criterio de la adecuación especial en los términos siguientes: el dominio público de una persona pública "*está constituido por aquellos bienes que le pertenecen destinados al uso directo por parte del público o a un servicio público, siempre y cuando, en este último caso, hayan sido objeto de adecuaciones indispensables a la ejecución de las misiones de dicho servicio público*" (L. 2111-1). Esta consagración en el derecho positivo del criterio nos recuerda su funcionalidad, pero también la necesidad existente de una aclaración. Recordemos que para WALINE la razón de ser de la adecuación especial es tornar el bien sobre el que se realiza en indispensable –o mejor: en irremplazable– para la realización del servicio público al que está destinado.

La adecuación indispensable parece ser un criterio más claro, los comentaristas del CGPPP han llegado a considerarla como el elemento esencial en el andamiaje del dominio público²⁰. Nosotros dudamos de esta interpretación. En primer lugar, se sigue tratando de una noción extrajurídica: la adecuación –*aménagement*, en francés–, que no permite limitación. En segundo lugar, es cierto que el hecho de que las adecuaciones tornen el bien en indispensable para la realización de un servicio público da más claridad, puesto que se sustituye la adecuación como elemento central de la ecuación por el de servicio público; pero esta es la misma razón de su fragilidad, puesto que lo que no es claro es la noción de servicio público: ¿en qué medida el bien es indispensable para el servicio?

Podría contestarse con el argumento de la continuidad del servicio público: para que un bien haga parte del dominio público debe haber sido sometido a adecuaciones que lo hagan indispensable para que el servicio no se detenga. En este caso el mantenimiento de la palabra *adecuación* no tendría sentido, puesto que si su valor operativo es el de convertir el bien en irremplazable para el servicio, el uso del adjetivo *indispensable* integra esta finalidad. Hubiera sido más claro afirmar que el dominio público está compuesto por los bienes destinados a un uso público y por los bienes públicos indispensables –o por qué no, irremplazables– para la continuidad de un servicio público.

Siendo esto así, el artículo del CGPPP puede ser entendido de otra manera. El mantenimiento de la noción de adecuación puede tener un valor operati-

19 WALINE. Nota precitada, p. 76.

20 C. BALLANDRAS-ROZET. "Les justifications économiques et juridiques au critère de l'aménagement indispensable", *JCPA*, n.º 15, 2007.

vo. Hemos visto que la idea de *WALINE* era aplicar el dominio público sólo a los bienes irreemplazables para el servicio público. En este sentido se pensó en la necesidad de que el bien estuviera adecuado especialmente. Ahora, el hecho de que subsista la noción a pesar de la alusión a lo indispensable de los bienes afectados a un servicio público puede hacernos pensar que se trata de "adecuaciones indispensables para el bien" y no de "adecuaciones que hagan indispensable el bien para el servicio". La diferencia es, a nuestros ojos, muy grande. Nos enfocamos por la segunda solución, ya que en el primer caso la reforma perdería toda su utilidad —¿no sería indispensable para el servicio cualquier adecuación?—, pero lo cierto es que la posibilidad de interpretación amplia por parte del Consejo de Estado subsiste.

No encontramos en la obra de *WALINE* la naturaleza de la adecuación, ni en qué medida puede convertir el bien en irreemplazable para el servicio público. Para nosotros, el análisis del criterio debe ubicarse desde el punto de vista de la imposibilidad de la persona pública de cumplir la misión de servicio público en caso de despojo del bien. En todo caso, paralelamente, el derecho francés ha buscado activamente otras alternativas utilizando la noción de afectación para crear un nuevo régimen para los bienes privados cuyo fundamento es la continuidad del servicio público.

2. Buscando un nuevo criterio

El dominio público busca incesantemente su campo de aplicación. Hemos sido testigos de un doble movimiento del dominio público: por un lado hubo una ampliación de su campo de aplicación, en parte por la construcción del dominio público virtual o por anticipación²¹, y en parte por la utilización excesiva de la teoría del accesorio²²; por otro lado, desde 1988, por el hecho

21 Derivado del fallo del Consejo de Estado *Eurolat* de 1985, en donde consideró que el hecho de prever adecuaciones especiales sobre un bien conllevaba la aplicación de las reglas del dominio público, aun cuando dichas adecuaciones no se hubieran realizado de manera efectiva. La mayoría de los autores condena esta teoría porque genera la inmovilización de las propiedades públicas, pero las críticas versan más sobre la aplicación anticipada del criterio cuando el bien no ha recibido efectivamente las adecuaciones.

22 La teoría del accesorio no debe ser confundida con la de la accesión del Código Civil. En este caso, el dominio público se extiende a dependencias que no deberían estar cubiertas por una justificación material —existe una relación física o se trata de un complemento indisoluble de la dependencia dominial— o funcional —el bien colabora a la realización del interés general al que está destinado el bien principal—. El caso más patético fue la consideración de que una cafetería constituía ocupación del dominio público, porque el local donde funcionaba se encontraba encima de una viga ubicada sobre la bóveda que recubre la red de aguas sucias de la ciudad (CE, 28 de enero de 1970, *Philip Bingisser*). El CGPPP habla de "conjunto indivisible" o de "complemento indisoluble" en los artículos L. 2211-1 y L. 2211-2. Cfr. MORAND-DEVILLER. Ob. cit.; AUBY, AUBY, BON y TERNEYRE. *Droit administratif des*

del legislador, vimos al dominio público contraerse en su protección y en su contenido.

Así, se comenzó otorgando derechos reales "administrativos"²³ a ciertos ocupantes del dominio público, luego la solución fue descartar el dominio público mediante leyes especiales para ciertas personas públicas que se convirtieron en privadas pero que siguieron realizando actividades de servicio público, es el caso de France Telecom²⁴, La Poste²⁵, Aeropuertos de París, y luego de una interpretación jurisprudencial, de EDF. Este fenómeno de inaplicación del dominio público es una respuesta a dos problemas: por un lado, la rigidez de sus principios, y, por otro, las necesidades económicas de las empresas antiguamente públicas derivadas de la apertura a la competencia del mercado de prestación de servicios públicos por las directivas europeas; competencia en la que la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad de los bienes de la empresa se convierten en la pesadilla de sus administradores y hacen ineficiente su gestión.

La tendencia moderna de la dominialidad se enfoca hacia la afectación de los bienes, es decir, sobre lo que se considera como la verdadera razón de ser del régimen exorbitante y ello a pesar de cualquier consideración en torno al propietario.

Explicemos esto con más detenimiento. France Telecom, La Poste y Aeropuertos de París eran todos establecimientos públicos industriales y comerciales que la ley decidió convertir en empresas con personalidad jurídica privada. Al hacer esto decidió construir un régimen específico de los bienes que constituirían su patrimonio; los bienes fueron entonces desclasificados –no serían dominio público por falta de una persona pública titular–, pero seguirían afectados a un servicio público. Se trató de regímenes a la medida para las sociedades y las actividades a las que los bienes se encontraban destinados.

El ejemplo de Aeropuertos de París no sólo es el más reciente sino que permite ilustrar con claridad lo que venimos explicando. El legislador transforma en sociedad privada el establecimiento público Aeropuertos de París mediante

biens, cit. ; GAUDEMET. "Traité de droit administratif des biens", cit. Ver CE, 23 de enero de 1976, *Kergo*; CE, 14 de junio de 1972, *Eidel*.

23 Es el caso de la ley del 5 de enero de 198 sobre los contratos de enfiteusis administrativos, las leyes sucesivas sobre la Autorización de Ocupación Temporal (AOT) del 25 de julio de 1994 y las leyes sobre la seguridad interior del 29 de agosto de 2002, orientación de la justicia del 9 de septiembre de 2002. Y las decisiones del Consejo Constitucional n.º 2002-460 DC del 22 de agosto de 2002 sobre la ley de orientación de la seguridad interior y n.º 2002-461 del 29 de agosto de 2002 sobre la orientación de la justicia.

24 Ley de 26 de julio de 1996, Decisión del Consejo Constitucional n.º 96-380 DC del 27 de julio de 1996.

25 Ley del 11 de diciembre de 2001, Decisión del Consejo constitucional n.º 2001-452 DC del 6 de diciembre de 2001.

la Ley 2005-357 del 20 de abril de 2005²⁶. Las características de su régimen particular de afectación son: la existencia de un pliego de condiciones; la competencia del Estado de oponerse a la venta de los bienes necesarios para la realización del servicio público y de proceder a requisicionar las personas, los bienes y servicios; de la misma manera, el contrato de arrendamiento comercial es inaplicable y los bienes son inembargables²⁷.

La existencia de estos regímenes de afectación "a la medida", paralelos al dominio público, se explica por el principio de valor constitucional de la continuidad del servicio público. Dos observaciones se imponen. Por un lado, estos regímenes son una validación de las ideas de la corriente doctrinal de la que WALINE hacía parte, para la cual la afectación es el elemento central de todo régimen exorbitante de los bienes. Por eso, para él, *"un bien no puede hacer parte del dominio público sino en aquellos casos en que la autoridad competente destina ese bien a la satisfacción de una necesidad pública"* (tesis, p. 26). En el estado actual de cosas, nos bastará con precisar que el dominio público es única y exclusivamente el régimen de afectación de los bienes de las personas públicas y que, desde otro punto de vista, pueden existir bienes afectados a un servicio público sin que pertenezcan a una persona pública; el derecho se ve confrontado, entonces, a buscar la protección de dichos bienes privados para garantizar la intangibilidad del servicio público. Por otro lado, la creciente y constante intervención del legislador en la materia permite afirmar la importancia de la afectación sobre cualquier consideración de la propiedad, acerca al derecho francés al concepto de función social de la propiedad.

Volvamos a nuestro objetivo. Se vio cómo el derecho francés asumió la teoría del dominio público de WALINE. Una vez hecha la construcción dominial, debe abordarse el tema de las mutaciones dominiales.

II. LAS MUTACIONES DOMINIALES

La teoría de las mutaciones dominiales se encuentra en el centro de numerosas discusiones doctrinales desde el principio del siglo xx. Es natural, en efecto, asimilar el debate sobre la existencia de la propiedad de las personas públicas sobre su dominio público al debate sobre las mutaciones dominiales. Así mismo, no debemos dejar de lado el lugar central que ocupa la noción de

26 Decisión del Consejo Constitucional n.º 2005-513 DC del 14 de abril de 2005.

27 Cfr. J. F. BRISSON. "L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires", *AJDA*, 2005, p. 1835 ; DUFAU. "Le changement de statut d'Aéroports de Paris", *JCPA*, n.º 27, 2005 ; S. BRACONNIER. "La loi n.º 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux Aéroports, la régulation économique à l'épreuve du service public", *RJEP/CJEG*, n.º 627, enero de 2006 ; R. FRAISSE. "Peut-on déclasser le domaine public restant affecté à un service public?", *DA*, junio de 2005, p. 22 ; J. E. SCHOETTL. "La loi relative aux aéroports devant le Conseil constitutionnel", *LPA*, n.º 90, 2005.

afectación en las dos partes de este problema. MARCEL WALINE decide analizar estas dificultades jurídicas para intentar estructurar una teoría coherente de estas transferencias de gestión (A); la importancia del tema ha sido avalada por la historia: 75 años después de la obra de WALINE la legislación, la jurisprudencia y la doctrina siguen debatiendo las mismas cuestiones (B).

A. LAS MUTACIONES DOMINIALES. LA TESIS DE MARCEL WALINE

Encontramos en la obra de WALINE una afirmación necesaria para su construcción teórica: las personas públicas son propietarias de su dominio público. En efecto, el reconocimiento del derecho de propiedad sobre el dominio público conlleva varias consecuencias de mucho valor. Por un lado, abre un abanico de instrumentos jurídicos para las administraciones en la gestión de su dominio público como régimen jurídico y no como categoría de bienes²⁸. De la misma manera, la propiedad permite la determinación de los derechos de las administraciones locales desposeídas por la acción del Estado. Así, nuestro autor consagra gran parte de su tesis a demostrar la existencia del derecho de propiedad sobre el dominio público (1), para luego abordar el problema de las mutaciones o transferencia de la propiedad de dichos bienes, particularmente en lo que concierne a su procedimiento e indemnización (2).

1. Demostración del derecho de propiedad de las personas públicas sobre su dominio público

La teoría del dominio público de principios del siglo XX se encontraba dividida en dos campos opuestos. Por un lado, siguiendo las posiciones de eminentes autores de los siglos XVIII y XIX, una parte de la doctrina consideraba imposible el ejercicio de la propiedad sobre los bienes de dominio público²⁹. Por otro lado, se encontraban aquellos que creían ver en el dominio público las consecuencias del servicio público aplicadas a la propiedad pública³⁰. En todo caso, se buscaba encontrar una explicación al hecho de que en el patrimonio público se encontraban ciertos bienes cuyo régimen era particular, exorbitan-

28 Recordemos que desde el principio del siglo XX, los teóricos del dominio público buscaron probar, con cierto éxito, que la noción dominio público no corresponde a un conjunto de bienes, no se trata de una categoría comparable a la división bienes muebles e inmuebles, sino que se trata de un régimen jurídico aplicable a todo tipo de bienes cuya naturaleza no se diferencia en nada de los bienes susceptibles de ser propiedad privada, esto es, propiedad de los particulares.

29 YOLKA. *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, "Préface", cit. ; GAUDEMET. LGDJ, 1997; CHAMARD. *La distinction des biens publics et des biens privés*, cit.

30 *Ibíd.*

te del derecho común. MARCEL WALINE se pregunta entonces si estos bienes pueden ser considerados como objeto de propiedad.

El autor comienza analizando las teorías que niegan el derecho de propiedad de las personas públicas sobre su dominio público. El fundamento central de esta posición es que las personas públicas sólo son garantes del dominio público. Y es que los grandes juristas del siglo XIX parten de la propiedad como derecho exclusivo. El silogismo es claro: la propiedad es un derecho exclusivo, todo el mundo puede gozar del dominio público, por lo tanto el dominio público no puede ser objeto de propiedad —esta es la posición de PROUDHON³¹—. VISIÓN QUE FUE DESARROLLADA POR DUCROQ, para quien, partiendo de las disposiciones del Código Civil y de la visión romanista de dicho derecho, el dominio público no reúne por su naturaleza los tres elementos de la propiedad: *usus*, *fructus* y *abusus*; además, la misma letra del Código considera que el dominio público se compone de aquellos bienes no susceptibles de ser apropiados³².

El análisis crítico de WALINE de estas teorías es la base actual del derecho de las propiedades públicas. Primero, el Estado puede *abusar* del dominio público, sólo se necesita la intervención del legislador para desclasificar los bienes y volverlos alienables, "*además, la indisponibilidad de un bien es perfectamente compatible con su propiedad*" (tesis, p. 91). Segundo, en lo que respecta al *usus*, no se trata solamente de guarda o de conservación, porque si el Estado es la representación de los ciudadanos, el uso por parte de estos últimos implica que es el Estado mismo el que los utiliza. Por último, el *fructus* existe en la medida en que la persona pública encargada del bien es la que recibe sus frutos. Además, la existencia del derecho de propiedad se explica por el hecho de que las personas públicas puedan adquirir estos bienes mediante instrumentos de derecho común (v. gr., compra-venta) y que una parte de los mecanismos derivados de la propiedad se apliquen al dominio público, como la accesión, las servidumbres y la acción de reivindicación³³.

Ahora, WALINE busca también probar la existencia de la propiedad del dominio público sobre los bienes de los establecimientos públicos al descartar la interpretación según la cual el principio de especialidad sería un obstáculo para la apropiación del dominio público fuera de los casos de autorización legal expresa. Si el principio de especialidad busca orientar cada

31 J. B. V. PROUDHON. *Traité du domaine public de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, 2.^a ed., París, 1843.

32 En particular el artículo 538 del Código Civil Francés que, luego de hacer una lista indicativa de bienes, establece de manera general que "*todas las partes del territorio francés que no sean susceptibles de una propiedad privada*" hacen parte del dominio público. Cfr. las obras precitadas de P. YOLKA y C. CHAMARD.

33 Así mismo, "*las personas morales son, entonces, propietarias de su dominio cuando ellas perciben sus ingresos, tienen el valor venal y asumen, en contrapartida, el mantenimiento*" (tesis, p. 131).

establecimiento público hacia un objetivo determinado, "¿en qué medida –se pregunta WALINE– puede dicho principio ser un obstáculo a la adquisición de un dominio público por parte de los establecimientos públicos, en el caso en que, hipotéticamente, este dominio público sea necesario para realizar los fines para los que fue creado?" (tesis, p. 65). Esta posición es revolucionaria, puesto que el debate no se cerraría sino después de 60 años de discusiones jurisprudenciales (Cf., Consejo de Estado, 11 de marzo de 1984, *Mansuy*, y Consejo de Estado, Ass., 23 de octubre de 1998, *EDF*, y las conclusiones en este último del comisario de gobierno ARRIGHI DE CASANOVA).

Si el dominio público puede ser objeto de propiedad, ¿la transferencia de gestión de este dominio abre la posibilidad de indemnización? En caso de respuesta afirmativa, ¿cuál es el procedimiento para otorgarla?

2. La transferencia de gestión del dominio público y el problema de la indemnización

Los conflictos dominiales nacen de la idea de la propiedad pública, especialmente en lo que concierne el dominio público. Debemos afirmar que le corresponde al Parlamento en última instancia la decisión de decidir esas mutaciones. En efecto, la intervención del legislador es necesaria para cualquier enajenación³⁴ del dominio público, así el beneficiario sea otra persona pública (tesis, p. 68), aunque el Estado puede terminar imponiendo su voluntad de apropiarse de los bienes de dominio público de las autoridades descentralizadas (tesis, p. 77) por la vía de decretos de utilidad pública que no están sometidos a controles intensos por parte del juez administrativo.

En lo que respecta al derecho de indemnización en caso de mutación del dominio, al principio la doctrina consideró que era inexistente y ello desde tres puntos de vista distintos: al negarse el derecho de propiedad de las personas públicas, no puede operar la indemnización puesto que el patrimonio de las entidades descentralizadas no sufre ningún detrimento; por otro lado, para algunos autores, el dominio público es uno, pero puede verse afectado a una pluralidad de intereses generales, y en este caso tampoco habría indemnización puesto que el Estado es el garante de un interés superior que se impone al dominio público en su conjunto³⁵; por último, aunque una persona pública sea propietaria de su dominio público, se admite la coexistencia de

34 Posición que sigue siendo válida puesto que el principio de inalienabilidad no tiene valor constitucional, el Consejo Constitucional evitó darle esta calificación, a menos que se considere, como lo hizo el Consejo de Estado, que existe una protección constitucional del dominio público y que uno de sus elementos es el régimen de inalienabilidad de sus bienes. Cfr. Consejo de Estado, 21 de marzo de 2003, *Sipperec*.

35 Esta parece ser la doctrina oficial; sin embargo, se ve en ella una aplicación anacrónica de la noción de dominio eminente, en virtud de la cual el Estado puede disponer libremente

esa propiedad con la afectación determinada por otra persona pública: el Estado en particular (tesis, p. 83).

WALINE se aleja de la primera solución al probar el derecho de propiedad sobre el dominio público. En lo que atañe a la teoría del dominio público único, nuestro autor analiza la posición de L. DUGUIT según la cual el problema de las mutaciones dominiales se reduce a un conflicto de competencias por la determinación de la afectación que se resuelve en últimas a favor del Estado y, de paso, niega todo carácter funcional a la noción de propiedad. Pero para WALINE queda claro que *"la afectación explica las razones por las que un bien hace parte del dominio público, la personalidad surge de aquellos fenómenos de derecho privado que siguen manifestándose a pesar de la dominialidad. La afectación y la personalidad no son nociones irreconciliables, al contrario, se complementan mutuamente"* (tesis, p. 124).

Ahora, hay tantas propiedades como personas públicas. Nos encontramos, entonces, frente a dos elementos: la propiedad y la afectación. Se trata de la teoría de la afectación sin posesión aplicada en el fallo del Consejo de Estado de 16 de julio de 1909, *Ville de Paris*, que retoma las conclusiones del comisario de gobierno TESSIER³⁶ —"Teoría original y nueva" y "de practicidad evidente" (tesis, p. 171)—, según la cual puede haber un cambio unilateral de afectación sobre bienes que continuarán siendo la propiedad de la persona pública descentralizada, mientras dure dicha afectación los derechos que surgen de la propiedad se encuentran paralizados. La ciudad de París, en el presente caso, puede tener derecho a algún tipo de indemnización, pero en ningún caso por la imposibilidad de disponer del bien, sino por los daños ocurridos en el curso de las obras públicas necesarias para su adecuación. Aunque se trate de una teoría llamativa, para WALINE presenta varios inconvenientes: por un lado, la persona pública no puede modificar la destinación mientras dure esta nueva afectación, competencia de la que disponía cuando ella era la que decidía; por otro, el Estado *"reúne en su seno buena parte de las ventajas y de las cargas de la propiedad. Es delicado, en estas condiciones, no declararlo directamente propietario"* (tesis, p. 172).

La teoría de las mutaciones dominiales concebida por WALINE se presenta en los términos que acabamos de presentar, su forma de pensar el dominio público y sus consecuencias marcaron los espíritus de los juristas que lo siguieron y abrieron caminos que el juez administrativo no dudó en tomar. Su defensa de la propiedad pública es de una claridad contundente, particularmente por la distinción hecha entre propiedad y afectación; por otra parte, sus reservas frente a la decisión *Ville de Paris* del Consejo de Estado de 1909 no han perdido

de la destinación de todos los bienes en su territorio por una especie de "interés general nacional".

36 Rec. pp. 716, 1909.

nada de su actualidad, en particular por sus posiciones frente a la valorización del dominio público y a la evolución de la descentralización.

B. EVOLUCIONES DE LA TEORÍA DE LAS MUTACIONES DOMINIALES

El dominio público ha cambiado profundamente desde hace unos veinte años. El legislador, el Consejo de Estado, la doctrina y las administraciones son unánimes al considerar que se hace necesario reconsiderar los tipos de gestión de los bienes sometidos al dominio público, se habla de "valorizar" el dominio público³⁷. Esta visión económica del dominio público se encuentra limitada por las mismas instituciones que WALINE criticaba en los años veinte, en particular las mutaciones dominiales. El análisis del derecho positivo nos muestra su desfase con respecto a la doctrina (1), situación a todas luces criticable (2).

1. Las mutaciones dominiales en la legislación y en la jurisprudencia

Después de 1909, la jurisprudencia en materia de mutaciones dominiales se enfocó en el sentido de otorgar cada vez más poderes al Estado para operar los cambios de afectación de manera autoritaria "*en beneficio del Estado, de otra persona pública o de un organismo privado encargado de una misión de servicio público*"³⁸. En efecto, en el fallo del Consejo de Estado de 20 de febrero de 1981, *Association pour la protection du site du vieux Pornichet*, se admitió que la transferencia de gestión podía hacerse sin formalidad alguna y sin instrucción del nuevo gestor; de la misma manera, varios textos legislativos abrieron la vía para organizar estos cambios, particularmente en materia de carreteras.

Así, el legislador intervino para legitimar los cambios de afectación con la ley del 27 de febrero de 2002 relativa a la democracia de proximidad y que vino a completar el artículo L. 11-8 del Código de la expropiación. Se debe retener que el dispositivo permite la modificación de la afectación en el momento de la decisión de cesión y no en el momento de declaración de utilidad pública, limitando de esta manera el posible control por parte del juez de la expropiación; más aún: este instrumento no permite una indemnización, consecuencia normal de la posición del Consejo de Estado para el que los cambios de afectación no dan lugar a indemnización fuera de los casos de daños derivados de una obra pública amplificada por una interpretación restrictiva de estos daños en los fallos analizados (Consejo de Estado, 16 de

37 Cfr. nuestro artículo "Las transformaciones recientes del derecho francés del dominio público. Breve explicación de las razones de y respuestas a la crisis actual del dominio público en derecho francés", de próxima publicación.

38 B. TARDIVEL. "L'indépassable théorie des mutations dominiales", *AIDA*, 2003, p. 1209.

julio de 1909, *Ville de Paris*; Consejo de Estado, 13 de marzo de 1925, *Ville de Paris c/Compagnie du Chemin de fer d'Orléans*).

En 2004, el Consejo de Estado validó esta posición en el fallo del 23 junio, *Commune de Provillle*, puesto que allí elevó a rango de principio general del dominio público la teoría de las mutaciones dominiales. Afirma el Consejo de Estado en el fallo en cuestión que el Primer Ministro o los ministros interesados pueden tomar "*de los principios generales que rigen el dominio público*" el poder "*de proceder por un motivo de interés general a un cambio de afectación de una dependencia del dominio público de una colectividad territorial*". Tenemos, entonces, que para el Consejo de Estado existe un poder del Estado para determinar la afectación que más conviene a un bien público. Sin embargo, ¿no es este "principio general del dominio público" un vestigio de la teoría del dominio eminente claramente superada desde la Revolución francesa?

Aunque la solución adoptada por el legislador y por la jurisprudencia pueda ser criticada desde varios puntos de vista (de ello nos ocuparemos en el siguiente párrafo), encontramos que esta toma de posición es saludable y necesaria desde el principio de las mutaciones dominiales. WALINE se preguntaba, en su momento, cuál podría ser el procedimiento para realizar las mutaciones dominiales, se pronunció a favor de la inaplicación del régimen de expropiación de la ley de 1841 y proponía un procedimiento interadministrativo³⁹.

El CGPPP adaptó este dispositivo de la siguiente manera: "*Cuando un motivo de interés general justifique la modificación de la afectación de dependencias del dominio público que pertenezcan a una colectividad territorial, a un grupo de colectividades territoriales o a un establecimiento público, el Estado podrá, por la duración de la nueva afectación, proceder a esta modificación así no cuente con el acuerdo de aquella persona pública*" (art. L 2123-4), pero la novedad radica en el reconocimiento de una indemnización "*en función de los gastos o de la privación de ingresos*" sufridos por la persona pública desposeída.

2. Crítica

La doctrina es unánime al considerar que la teoría de las mutaciones dominiales tal y como fue aplicada por la jurisprudencia debe ser revisada por el legislador. Una vez que el Parlamento intervino, los autores tomaron la palabra para analizar esta evolución. De esta manera, se consideró esta teoría como "irreductible"⁴⁰ o "insuperable"⁴¹, y se ha preconizado repensar

39 Posición contradicha por el Consejo de Estado, *sieur Kersabo*, del 2 de julio de 1930.

40 A. VIDAL-NAQUET. "L'irréductible théorie des mutations domaniales", *RFDA*, 2005, p. 1106.

41 TARDIVEL. *Ob. cit.*, p. 1209.

la inalienabilidad del dominio público para permitir la mejor gestión de las parcelas dominiales⁴².

Dos críticas pueden dirigirse contra las mutaciones dominiales. Por una parte, es cierto que ellas son necesarias para el buen funcionamiento del interés general. En efecto, el Estado debe disponer de un procedimiento de autoridad para cambiar de afectación los bienes que las colectividades territoriales reticentes se niegan a destinar para una operación que sobrepasa los intereses limitados de una colectividad pública; pero también es cierto que el desarrollo de la descentralización, impulsado por el principio de libre administración de las colectividades territoriales, se muestra hostil a dicha transferencia de gestión. Por otra parte, el dominio público no es una masa inerte de bienes destinada a realizar el interés general, ahora se trata de una fuente de riqueza que debe ser protegida y valorizada⁴³.

Sobre el primer punto hay varios principios constitucionales que deben ser identificados. Primero, el grado de descentralización permite todavía la existencia de proyectos de interés general por parte del Estado que no pueden ser obstaculizados por las colectividades territoriales⁴⁴. Esta limitación al derecho de propiedad de las personas públicas debe también ser limitada por la protección, igualmente constitucional, del artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en los términos de la decisión de 25 y 26 de junio de 1986 del Consejo Constitucional sobre las privatizaciones⁴⁵. Resulta que la decisión de mutación dominial deberá ser sometida a un control de proporcionalidad. Un argumento en contra puede encontrarse en una revisión de la tesis clásica según la cual el cambio de afectación no destruye la propiedad, lo que nos permite abordar el segundo punto.

Este argumento es irreconciliable con el estado actual del dominio público, ya que la mutación dominial impediría la búsqueda de nuevas formas de valorización de este dominio que, no sólo evitaría la recepción de ingresos, sino que evitaría la conclusión de contratos a largo plazo u otras formas de valorización de la propiedad pública. En efecto, de la nueva visión de la propiedad pública surge un abanico de instrumentos jurídicos aplicables al dominio público, que no implican un acto de disposición de la propiedad,

42 Ya evocada por WALINE en su tesis, p. 31. Cfr. M. DOUENCE. "L'inaliénabilité du domaine public. De la nécessité de revoir la règle de l'indisponibilité des dépendances domaniales entre personnes publiques", *AJDA*, 2006, pp. 238-246.

43 Cfr. GAUDEMET. "Rapport de l'Institut de Gestion Déléguée", *LPA*, n.º 147, 2004.

44 Cfr., entre otros, B. FLAMAND-LÉVY. "Nouvelle décentralisation et forme unitaire de l'Etat", *RFDA*, 2004, pp. 59-68; O. GOHIN. "La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France", *AJDA*, 2003, pp. 522-528.

45 Algunos autores hablan de la constitucionalización del dominio público. Cfr. E. FATÔME. "À propos bases constitutionnelles du domaine public", *AJDA*, 2003, en dos partes.

pero sí una racionalización de la afectación. Es claro que dicho cambio de afectación genera un daño importante para las colectividades territoriales.

Al lado de estos debates que superan el problema inicial de la simple indemnización, podemos preguntarnos sobre el fundamento mismo de este derecho "supremo" de cambio de la afectación del que dispone el Estado. Para algunos, se trata de una expresión del dominio eminente; para otros, se trata de un conflicto de intereses en el que el Estado lleva todas las de ganar porque su interés general es superior al de todas las otras personas públicas; también se puede ver una adecuación de la teoría del dominio público único en el sentido de que se reconoce la propiedad de las personas públicas, pero en el caso del dominio público existe un guardián superior de la afectación que decide de manera autoritaria cualquier cambio⁴⁶. Actualmente, parece ser que es la noción de interés general superior la que gana la partida.

Para concluir podemos afirmar que WALINE nos ofrece un análisis coherente y lógico del dominio público y de los cambios que puede sufrir, mostramos las evoluciones que estas teorías sufrieron debido al cambio del fundamento mismo del régimen del dominio público y del lugar que ocupa la afectación en el derecho administrativo. Aunque el dominio público no sea el mismo que en la época en que MARCEL WALINE publicó su tesis, podemos todavía encontrar algunas respuestas a las dudas contemporáneas sobre la naturaleza y utilización de este régimen excepcional de afectación. Y para terminar, en lo que nos concierne, el dominio público ya no es ajeno a las preocupaciones económicas, muy por el contrario, se encuentra imbuido por las lógicas de la valorización y de la eficacia que nos obligan a revisar las grandes instituciones del derecho administrativo.

46 Cfr. NORBERT FOULQUIER. "Les mutations domaniales et les principes constitutionnels", *AJPI*, 1997, p. 828.